Contraloria General de la Republica :: SGD 28-08-2018 09:09
Al Contestar Cite Este No.: 2018EE0101467 Fol:4 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / IVAN DARIO GUAUQUE TORRES
DESTINO CARLOS ALFONSO CORREDOR QUEZADA
ASUNTO RESPUESTA AL SIGEDOC 2018ER0071300, SIPAR 2018-140838
OBS

CGR – OJ - 126 de 2018
80112 -

2018EE0101467

Bogotá D.C.,

Señor
CARLOS ALFONSO CORREDOR QUEZADA
Carrera 21 B # 154 – 34 Barrio Villa Magdala
Bogotá D.C.
carloscorredor2007@hotmail.com

Referencia: Respuesta al radicado nuestro 2018ER0071300 y SIPAR 2018-140838
Tema: Detrimento patrimonial contra el Erario por terminación injusta de contratos de trabajo.

Respetado señor:

Esta oficina recibió el oficio por el cual formula consulta[1] jurídica, la cual se procede a absolver en la siguiente forma:

1. Antecedentes

Mediante su oficio, solicitó conceptuar sobre las siguientes inquietudes:

> "1. - ¿La Terminación Unilateral sin Justa Causa de un Contrato de Trabajo a Término Fijo de un Gerente de una Entidad Pública, constituye o no un detrimento al Erario?
>
> 2.- ¿La Terminación Unilateral sin Justa Causa de un Contrato de Trabajo a Término Fijo de un Gerente de una Entidad de Servicios Públicos Mixta, constituye o no un detrimento al Erario?"

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

La competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la Contraloría General de la República,

[1] República de Colombia, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción."

los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "*sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General*"[2], así como las formuladas por las contralorías territoriales "*respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General*"[3] y las presentadas por la ciudadanía respecto de "*las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República*"[4].

En este orden, mediante su expedición se busca "*orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal*"[5] y "*asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten*"[6].

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16[7] del Decreto Ley 267 de 2000, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

Una vez valorado el asunto puesto a consideración, es procedente indicar que de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución[8], ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

3.1. Respecto al daño y la responsabilidad fiscal, en el concepto OJ-064 de 2016 bajo radicado n.° 2016EE0053912 del 29 de abril de 2016, esta Oficina se pronunció en el siguiente sentido:

---

[2] República de Colombia, Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.
[3] República de Colombia, Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.
[4] República de Colombia, Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.
[5] República de Colombia, Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.
[6] República de Colombia, Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.
[7] República de Colombia, Decreto Ley 267 de 2000, artículo 43. Oficina Jurídica. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.
[8] República de Colombia, Art. 28, Ley 1755 de 2015.

Que la facultad constitucional de las contralorías de *"establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma"*[9] está regulado en la Ley 610 de 2000, modificada por la Ley 1474 de 2011, a través de un proceso administrativo de carácter patrimonial porque su finalidad es la de resarcir los perjuicios causados al Estado, por una gestión ineficaz, antieconómica, ineficiente, la cual se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta, y sólo cuando se reúnan éstos tres elementos puede endilgarse responsabilidad fiscal a una persona.

De los tres elementos, el daño es el componente fundamental; si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal o la conducta genera otra tipología de responsabilidad, en este sentido la Corte Constitucional en sentencia de unificación[10] al analizar los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal, sobre el daño precisó que "*debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio*".

3.2. Con relación a la gestión fiscal y la responsabilidad fiscal, en el concepto OJ-142 de 2017 bajo radicado n.° 2017EE0082802 del 10 de julio de 2017, esta Oficina anotó que la responsabilidad fiscal que se puede exigir a los servidores públicos, o a quienes desempeñan funciones públicas, a los contratistas e incluso a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, es la derivada de la gestión fiscal definida en el artículo 3º de la ley 610 de 2000, gestión fiscal respecto de la cual la Corte Constitucional[11] se ha pronunciado brindando elementos que permiten avanzar en la delimitación del concepto.

---

[9] Artículo 268, numeral 5, de la Constitución Política.

[10] Sentencia SU-620, 13 de noviembre de 1996, expediente T-84714, M.P. Antonio Barrera Carbonell: *"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio"*

[11] En la sentencia C-840 de 2001, 9 de agosto de 2001, expediente D-3389, M.P. Jaime Araujo Rentería, la Corte señaló: *"Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado."*

Toda vez que, la gestión fiscal requiere formalizarse mediante un acto que confiera la capacidad jurídica para administrar unos recursos, específicamente determinados y que se encuentren al alcance de quien ha sido habilitado o designado para ello, para determinar si un servidor público o particular es gestor fiscal, se parte de revisar las funciones que tiene asignadas por ley o el acto que lo invistió de funciones públicas, teniendo en cuenta la definición que trae el artículo 3° de la ley 610 de 2000 y lo dicho por la Corte Constitucional, en relación a las que comportan el manejo de fondos y bienes del Estado. Es decir, aquellas que implican la titularidad administrativa o dispositiva de los mismos, materializada mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, inversión y gasto, entre otros, o comprendan actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, fuerza afirmar que se configura gestión fiscal.

Por otra parte, el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, define que: *"El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."*

De ahí que, **para endilgar responsabilidad fiscal *"con ocasión de ésta"*** (de la gestión fiscal) se requiere que la actuación del servidor público o particular que no ostenta la calidad de gestor fiscal, mantenga una **relación estrechamente vinculada con el desarrollo de la gestión fiscal desplegada por el titular de la misma, es decir con los actos de administración y disposición de los fondos públicos**[12].

El nexo causal, para determinar la responsabilidad fiscal, es el elemento articulador entre la conducta de la persona que actúa a título de gestor fiscal, de quien actúa con ocasión a la gestión fiscal o de quien contribuye a la causación del daño, y el daño propiamente dicho; lo cual significa que **el daño patrimonial al Estado debe ser consecuencia de la conducta irregular de la persona**, sin que entre estos dos elementos medie causal de justificación de la conducta de la persona.

Entonces, en cada caso el operador jurídico tendrá que dilucidar si la conducta del servidor público o particular guarda esa estrecha vinculación con la gestión fiscal, a tal punto de catalogarse como conexa, próxima y necesaria para con los actos de

[12]La conducta desplegada por el funcionario o particular debe tener una relación directa con el ejercicio de gestión fiscal, como lo indicó el Consejo de Estado, en concepto de 15 de noviembre de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado, 2007-00077- 00(1852) (reiterado en concepto 00077-00 (1852) A de 15 de diciembre de 2009), en el cual se explicó: *"Así las cosas, a la luz de las normas constitucionales que propenden por el manejo eficiente, responsable y oportuno de los recursos públicos por quienes tienen a su cargo tareas de gestión fiscal y, de las de carácter legal que conforman el régimen de control fiscal vigente, el daño causado por la conducta irregular de un servidor o particular se debe determinar en relación con **los recursos que específicamente estuvieron a su disposición en razón de sus funciones y no en abstracto frente a los recursos que conforman el patrimonio del Estado."***

gestión fiscal desplegados por el titular de la misma; es decir, si la conducta de ese tercero intervino en el circuito de la gestión fiscal de modo tal que su participación determinó, propició o coadyuvó los actos de administración de los recursos públicos."

3.3. En relación a la naturaleza de las Empresas de Servicios Públicos que cuentan con participación estatal, en el concepto OJ-012 de 2017 bajo radicado n.° 2017IE0004909 del 23 de enero de 2017, esta Oficina anotó que la Ley 142 de 1994 clasifica las Empresas de Servicios Públicos de acuerdo con el monto de la participación del Estado en su capital social en oficiales, mixtas y privadas. En este orden, el artículo 14 de la disposición legal mencionada define en el artículo 14.6 las empresas de servicios públicos mixtas como aquellas en las cuales la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas tienen aportes iguales o superiores al 50%. Nótese que en las empresas de servicios públicos mixtas, el Estado es accionista a través de la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas.

Cabe precisar que sobre la naturaleza de las empresas de servicios públicos mixtas y privadas, la Corte Constitucional en Sentencia C-736 de 19 de septiembre de 2007, efectuó el análisis de los artículos 38, 68 y 102 de la Ley 489 de 1998 referidos a la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público, como también el tema relacionado con las entidades descentralizadas. En este contexto y respecto del tema objeto de análisis la Corte Constitucional se ocupa del mismo y en la providencia antes indicada, analizó el tema de las sociedades de economía mixta y la estructura de la administración, el concepto de descentralización por servicios y su recepción en la Constitución Política. De igual forma, la Corte Constitucional adelantó el estudio de la naturaleza de las empresas de servicios públicos y después de realizar el análisis correspondiente del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, referente a la clasificación de éstas como oficiales, mixtas y privadas, señaló que respecto de los literales d) y g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, indicó que en el literal d) el legislador incluye a las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas y privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional, en este orden, la Corte Constitucional enseña que:

> "Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, y concretamente de la expresión "las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios" contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público" (...) No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de

servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público."

De la perspectiva de la Corte constitucional se colige que las empresas de servicios públicos mixtas o privadas pertenecen a la Rama Ejecutiva; independientemente del monto del capital que concurre en su conformación.

4. Consideraciones Jurídicas.

La consulta plantea el problema jurídico de si ¿la terminación unilateral sin justa causa de un contrato de trabajo a término fijo por parte de una entidad pública o una Entidad de Servicios Públicos Mixta, constituye o no un detrimento al Erario?.

Para dar respuesta se itera que para la determinación de la responsabilidad fiscal, regulada en la Ley 610 de 2000, modificada por la Ley 1474 de 2011, se realiza un proceso administrativo de carácter patrimonial, porque su finalidad es la de resarcir los perjuicios causados al Estado, por una gestión ineficaz, antieconómica ineficiente, la cual se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta, y sólo cuando se reúnan éstos tres elementos puede endilgarse responsabilidad fiscal a una persona.

4.1. Responsabilidades por terminación de contratos laborales:

En primer lugar debe aclararse que la terminación unilateral sin justa causa de un contrato de trabajo a término fijo por parte de una entidad pública o una Empresa de Servicios Públicos Mixta, en sí misma no constituye un detrimento al Erario, pues en principio sólo es una decisión administrativa, diferente es que dependiendo de las circunstancias propias de cada caso esa decisión del empleador puede generar o no un detrimento al Erario.

Por ende, las consecuencias jurídicas por la terminación unilateral sin justa causa de un contrato de trabajo a término fijo por parte de una entidad pública o una Entidad de Servicios Públicos Mixta, se valoran de acuerdo a cada régimen de responsabilidad determinando inicialmente si existe o no un daño o afectación a un bien jurídicamente tutelado.

En las situaciones de consulta, el establecer si una terminación unilateral de un contrato laboral se produjo sin que hubiere una justa causa, es un elemento de análisis jurídico que debe ser examinado por el juez competente, quien a través de un procedimiento legal determina si hubo o no justa causa y en caso de terminación sin justa causa, lo propio es que dicho juez establezca cual es el efecto patrimonial y si hay lugar a condenas de contenido económico como el pago de indemnización de perjuicios, salarios y prestaciones no devengados, mediante una sentencia

judicial, o laudo arbitral tratándose de un mecanismo alterno de solución de conflictos.

Tales situaciones son inciertas en la medida que se requiere que la persona desvinculada presente una demanda contra la respectiva entidad y que se obtenga una sentencia que ampare derechos laborales condenando al empleador al pago de indemnizaciones, lo que afectaría el patrimonio del Estado; eventos en los que no procede la acción fiscal, en la medida que por especialidad el procedimiento que debe ser adelantado es de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, reglamentado en la Ley 678 de 2001 para determinar la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado.[13]

En tratándose de una Empresa de Servicios Públicos Mixta, obviamente, el daño fiscal se limita al monto de la participación estatal.

5. Conclusiones:

1.- La terminación unilateral sin justa causa de un contrato de trabajo a término fijo por parte de una entidad pública o una Empresa de Servicios Públicos Mixta, en sí misma no constituye un detrimento al Erario, pues en principio sólo es una decisión administrativa del empleador; diferente es que dependiendo de las circunstancias propias de cada caso esa decisión administrativa puede generar o no un detrimento al Erario.

---

[13] Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce en concepto de fecha 6 de abril de 2006, Radicación n.° 1716, concluyó:
"En opinión de la Sala no puede existir tensión por el ejercicio de la acción de repetición y la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El legislador instituyó la primera como el instrumento procesal especial para obtener la reparación del detrimento patrimonial causado al Estado por la condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto, originada en la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o exservidor público o de un particular en desarrollo de funciones públicas, aún realizada en ejercicio de gestión fiscal y que causen daños antijurídicos a un tercero; por ende, resulta improcedente por esta misma causa intentar deducir responsabilidad fiscal en aplicación de los mandatos de la ley 610 de 2000 [15], dado que para el caso la acción de repetición asegura de manera excluyente del otro mecanismo procesal mencionado el resarcimiento del daño ocasionado al patrimonial del Estado [16]. La omisión en el ejercicio obligatorio de la acción de repetición, cuando se dan los supuestos legales, no habilita a la administración para iniciar proceso de responsabilidad fiscal.
Finalmente, como en el evento traído a colación se está en presencia de dos mecanismos procesales independientes y autónomos, los términos de caducidad se sujetan a las reglas propias de cada procedimiento y por tanto son diferentes.
La Sala responde
1. El menoscabo producido al patrimonio público por el pago de una condena proveniente de una sentencia judicial, de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público que ejerce gestión fiscal, se resarce mediante el ejercicio de la acción de repetición, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 90 de la Carta, 77 y 86 del C.C.A. y en la ley 678 de 2001. La acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal son mecanismos procesales autónomos. Si una entidad o el Ministerio Público se abstienen de promover la acción de repetición, siendo ella procedente conforme a la ley, en el evento estudiado no es viable iniciar el proceso de responsabilidad fiscal."

2.- Corresponde al juez competente determinar en cada proceso si hubo o no justa causa y establecer si hay lugar a condenas patrimoniales en favor del trabajador; en cuyo caso, la determinación de responsabilidad del servidor público que representó a la entidad empleadora no se realiza a través del proceso de responsabilidad fiscal, sino de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, reglamentado en la Ley 678 de 2001.

Cordialmente,

IVÁN DARÍO GUAUQUE TORRES
Director Oficina Jurídica.

Proyectado por: Andrés Rolando Ramírez Guacaneme
Revisado por: Pedro Pablo Padilla Castro

N.R. 2018ER0071300; SIPAR 2018-146838
TDR 80112-033 Conceptos Jurídicos